

BORGER

SENTENZA DELLA CORTE (Ottava Sezione)

10 marzo 2011 *

Nel procedimento C-516/09,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dall'Oberster Gerichtshof (Austria) con decisione 24 novembre 2009, pervenuta in cancelleria l'11 dicembre 2009, nella causa

Tanja Borger

contro

Tiroler Gebietskrankenkasse,

LA CORTE (Ottava Sezione),

composta dal sig. K. Schiemann (relatore), presidente di sezione, dalla sig.ra A. Prechal e dal sig. E. Jarašiūnas, giudici,

avvocato generale: sig. P. Mengozzi
cancelliere: sig. A. Calot Escobar

* Lingua processuale: il tedesco.

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per la sig.ra Borger, dagli avv.ti H. Burmann, P. Wallnöfer e R. Bacher, Rechtsanwälte;
- per il governo austriaco, dalla sig.ra C. Pesendorfer, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, dai sigg. V. Kreuzsitz e M. Van Hoof, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- ¹ La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della nozione di «lavoratore subordinato», ai sensi dell'art. 1, lett. a), del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata ed aggiornata dal regolamento

(CE) del Consiglio 2 dicembre 1996, n. 118 (GU 1997, L 28, pag. 1), come modificato dal regolamento (CE) del Consiglio 29 giugno 1998, n. 1606 (GU L 209, pag. 1; in prosieguo: il «regolamento n. 1408/71»).

- 2) Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la sig.ra Borger e la Tiroler Gebietskrankenkasse concernente il rifiuto da parte di quest'ultima di concederle l'assegno per la cura dei figli durante i sei mesi supplementari di congedo non retribuito preso al termine del periodo legale di due anni seguente la nascita del figlio.

Contesto normativo

La normativa dell'Unione

- 3) L'art. 1 del regolamento n. 1408/71 stabilisce che, ai fini dell'applicazione di quest'ultimo:

«(...)

- a) i termini “lavoratore subordinato” e “lavoratore autonomo” designano rispettivamente:

- i) qualsiasi persona coperta da assicurazione obbligatoria o facoltativa continuata contro uno o più eventi corrispondenti ai settori di un regime di sicurezza sociale applicabile ai lavoratori subordinati o autonomi o a un regime speciale per i dipendenti pubblici;

- ii) qualsiasi persona coperta da assicurazione obbligatoria contro uno o più eventi corrispondenti ai settori cui si applica il presente regolamento nel quadro di un regime di sicurezza sociale applicabile a tutti i residenti o alla totalità della popolazione attiva:

— quando le modalità di gestione o di finanziamento di tale regime permettano di identificare tale persona quale lavoratore subordinato o autonomo,

oppure

— in mancanza di tali criteri, quando detta persona sia coperta da assicurazione obbligatoria o facoltativa continuata contro un altro evento indicato nell'allegato I, nel quadro di un regime organizzato a favore dei lavoratori subordinati o autonomi o di un regime di cui al punto iii), oppure, in assenza di un simile regime nello Stato membro in questione, quando corrisponda alla definizione di cui all'allegato I;

- iii) qualsiasi persona coperta da assicurazione obbligatoria contro più eventi corrispondenti ai settori cui si applica il presente regolamento, nel quadro di un regime di sicurezza sociale organizzato in modo uniforme a beneficio dell'insieme della popolazione rurale secondo i criteri di cui all'allegato I;

iv) qualsiasi persona coperta da assicurazione volontaria contro uno o più eventi corrispondenti ai settori cui si applica il presente regolamento, nel quadro di un regime di sicurezza sociale di uno Stato membro istituito a favore dei lavoratori subordinati o autonomi o di tutti i residenti o di determinate categorie di residenti:

— qualora eserciti un'attività subordinata o autonoma,

oppure

— qualora sia stata precedentemente coperta da assicurazione obbligatoria contro lo stesso evento nell'ambito di un regime istituito a favore dei lavoratori subordinati o autonomi dello stesso Stato membro;

(...».

4 L'Accordo tra la Comunità europea ed i suoi Stati membri, da una parte, e la Confederazione svizzera, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone, firmato a Lussemburgo il 21 giugno 1999 (GU 2002, L 114, pag. 6), all'art. 1 del suo allegato II relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, prevede quanto segue:

«1. Le parti contraenti convengono di applicare tra di esse, nel campo del coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, gli atti comunitari cui è fatto riferimento in vigore al momento della firma dell'Accordo, modificati dalla sezione A del presente allegato o regole ad essi equivalenti.

2. I termini “Stato membro” o “Stati membri” che figurano negli atti cui è fatto riferimento nella sezione A del presente allegato comprendono, oltre al significato che hanno nei pertinenti atti comunitari, la Svizzera».

- 5 La sezione A di detto allegato fa segnatamente riferimento al regolamento n. 1408/71.

La normativa nazionale

- 6 Ai sensi dell’art. 15, n. 1, della legge del 1979, di tutela della maternità (Mutterschutzgesetz 1979, BGBl. 221/1979), su domanda della dipendente, un congedo non retribuito deve esserle concesso sino al raggiungimento dei due anni di età del figlio, ove quest’ultimo viva con la dipendente.
- 7 L’art. 15, n. 3, della medesima legge dispone che un congedo non retribuito può essere prolungato oltre tale periodo di comune accordo. Sebbene detto congedo abbia per effetto la conservazione del rapporto di lavoro effettivo esso comporta tuttavia la sospensione degli obblighi principali derivanti dal diritto del lavoro per la durata di detto congedo.
- 8 In virtù della legge sugli assegni per la cura dei figli (Kinderbetreuungsgeldgesetz), un genitore ha diritto ad un assegno per la cura dei figli se, in particolare, detto genitore e il figlio vivono nel territorio austriaco. Se un solo genitore beneficia dell’assegno per la cura dei figli, il versamento del medesimo termina al più tardi quando il figlio compie trenta mesi di età.

- 9 Conformemente all'art. 4, n. 1, punto 1, della legge generale austriaca sulla previdenza sociale (Österreichisches Allgemeines Sozialversicherungsgesetz; in prosieguo: l'«ASVG»), i lavoratori subordinati occupati presso uno o più datori di lavoro sono iscritti all'assicurazione malattia, incidenti e pensionistica (copertura totale).
- 10 Agli artt. 7 e 8 dell'ASVG vengono elencati gruppi di persone che sono iscritti solo a uno o due settori della previdenza sociale. Così sono iscritte, a titolo parziale, alla previdenza pensionistica, secondo l'art. 8, n. 1, punto 2, dell'ASVG, le persone che siano dedicate effettivamente e principalmente ad accudire il proprio figlio nei primi quarantotto mesi successivi alla nascita all'interno del paese, quando, conformemente alla presente legge, esse erano iscritte alla previdenza pensionistica o non lo erano ancora.
- 11 Il giudice del rinvio precisa che, per evitare qualsiasi discriminazione, il requisito relativo all'accudimento del bambino di cui trattasi all'interno del paese è parimenti soddisfatto quando il bambino sia stato cresciuto in Svizzera.

Causa principale e questioni pregiudiziali

- 12 Dopo la nascita del figlio avvenuta il 7 gennaio 2006, la sig.ra Borger, cittadina austriaca residente in Austria, ha beneficiato di un congedo non retribuito sino al 7 gennaio 2008. Successivamente, in accordo con il suo datore di lavoro, ha prolungato di sei mesi detto congedo non retribuito, vale a dire sino al 6 luglio 2008.

- 13 Nel marzo 2007, la sig.ra Borger si è trasferita con il figlio in Svizzera, dove suo marito esercita un'attività professionale dal 2006.
- 14 Per il periodo dal 5 marzo 2006 al 28 febbraio 2007, la Tiroler Gebietskrankenkasse ha versato alla sig.ra Borger un assegno per la cura dei figli e, per il periodo dal 1° marzo 2007 al 6 gennaio 2008, un'indennità compensativa. Tuttavia, la domanda della sig.ra Borger relativa al versamento dell'assegno per la cura dei figli e al mantenimento della copertura assicurativa per sei mesi supplementari è stata respinta.
- 15 Con decisione 18 gennaio 2008, la Tiroler Gebietskrankenkasse ha revocato, a decorrere dal 7 gennaio 2008, il diritto all'indennità compensativa dell'assegno per la cura dei figli, con la motivazione che poiché la sig.ra Borger non aveva un rapporto di lavoro effettivo in Austria, la competenza a versare prestazioni familiari spettava alla Confederazione svizzera, dove il marito della sig.ra Borger svolgeva un'attività lavorativa e dove risiedevano tutti i membri della famiglia.
- 16 Il giudice del rinvio osserva che, secondo quanto asserito dalla Tiroler Gebietskrankenkasse, il rapporto di lavoro della sig.ra Borger con il suo datore di lavoro austriaco è terminato immediatamente dopo i sei mesi di congedo non retribuito supplementari.
- 17 Con il ricorso del 15 febbraio 2008, la sig.ra Borger ha sostenuto che la Tiroler Gebietskrankenkasse era tenuta a versarle, per il periodo dal 7 gennaio al 6 luglio 2008, un'indennità compensativa dell'assegno per la cura dei figli. La medesima sostiene che, benché ella abbia beneficiato di un congedo non retribuito durante tale periodo la si sarebbe dovuta considerare ancora vincolata da un rapporto di lavoro effettivo e quindi lavoratrice ai sensi del regolamento n. 1408/71. Ella sottolinea che durante il periodo dedicato ad accudire il figlio, sarebbe rientrata, quale assicurata parziale, nella previdenza pensionistica austriaca.

- 18 Il giudice di primo grado ha accolto il ricorso della sig.ra Borger e ha condannato la Tiroler Gebietskrankenkasse a versarle l'assegno per la cura dei figli per il periodo dal 7 gennaio al 6 luglio 2008.
- 19 L'impugnazione proposta dalla Tiroler Gebietskrankenkasse non è stata accolta dal giudice d'appello. Esso ha ritenuto che una persona, che nei primi quarantotto mesi dopo la nascita si dedichi all'accudimento del figlio, è iscritta, a titolo parziale, alla previdenza pensionistica obbligatoria. Esso ha considerato che, tenuto conto della summenzionata assicurazione parziale, la Repubblica d'Austria fosse debitrice delle prestazioni familiari, a prescindere dalla questione se, al termine del periodo legale di congedo non retribuito, continuava a sussistere un rapporto di lavoro.
- 20 La Tiroler Gebietskrankenkasse ha proposto un'impugnazione straordinaria avverso tale decisione, ribadendo l'argomento secondo cui, durante il periodo dal 7 gennaio al 6 luglio 2008, la sig.ra Borger non dovrebbe essere considerata come lavoratore con un impiego in Austria. Essa sostiene, dinanzi al giudice del rinvio, che la sig.ra Borger ha richiesto un ulteriore congedo non retribuito, al termine del periodo legale, solo per ottenere le prestazioni familiari. Essa fa valere, inoltre, che la previdenza pensionistica non rientra all'interno di un regime previdenziale per lavoratori e che lo status di lavoratore non può essere riconosciuto a chi si dedichi all'accudimento dei figli in assenza di un qualsiasi rapporto di lavoro.
- 21 La sig.ra Borger, da parte sua, sostiene che lo status di «lavoratore», ai sensi del regolamento n. 1408/71, dipende solo dall'iscrizione ad un settore della previdenza sociale e, nel suo caso, alla previdenza pensionistica o all'assicurazione malattia legate agli assegni di maternità.

22 Nella decisione di rinvio, l'Oberster Gerichtshof si riferisce alla giurisprudenza della Corte (sentenze 12 maggio 1998, causa C-85/96, Martínez Sala, Racc. pag. I-2691; 4 maggio 1999, causa C-262/96, Sürül, Racc. pag. I-2685, nonché 7 giugno 2005, causa C-543/03, Dodl e Oberhollenzer, Racc. pag. I-5049), da cui emerge, a suo avviso, che ai fini della qualificazione di una persona come lavoratore subordinato ai sensi del regolamento n. 1408/71 è decisiva la sua iscrizione ad un regime previdenziale per lavoratori; non è rilevante l'esercizio di un'attività lavorativa e un semplice congedo non retribuito per un determinato periodo di tempo non può privare una persona del suo status di «lavoratore», ai sensi del regolamento n. 1408/71.

23 Secondo l'Oberster Gerichtshof, vari elementi depongono a favore della conclusione secondo cui l'iscrizione parziale alla previdenza pensionistica prevista, per quanto riguarda una persona nella situazione della sig.ra Borger, all'art. 8, n. 1, punto 2, lett. g), dell'ASVG non determina l'iscrizione ad un regime previdenziale ai sensi del regolamento n. 1408/71. Esso rileva, infatti, che detta iscrizione parziale sussiste a prescindere da una precedente o attuale attività lavorativa come lavoratore subordinato o lavoratore autonomo.

24 L'Oberster Gerichtshof ha pertanto deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 1, lett. a), del regolamento (...) n. 1408/71 debba essere interpretato nel senso che esso include — per il periodo di un semestre — anche una persona che, al termine del periodo legale di due anni di congedo non retribuito, dopo la nascita di un figlio, concordi con il suo datore di lavoro un congedo non retribuito di un ulteriore semestre, al fine di ottenere la durata massima legale del percepimento dell'assegno per la cura dei figli oppure di una corrispondente indennità compensativa, e poi risolva il rapporto di lavoro;

2) In caso di soluzione negativa della prima questione, se l'art. 1, lett. a), del regolamento (...) n. 1408/71 debba essere interpretato nel senso che esso include — per il periodo di un semestre — anche una persona che, al termine del periodo legale di due anni di congedo non retribuito concordato con il suo datore di lavoro un periodo di congedo non retribuito di un ulteriore semestre, qualora in detto periodo la stessa percepisca un assegno per la cura dei figli oppure una corrispondente indennità compensativa».

Sulle questioni pregiudiziali

²⁵ Con le sue questioni, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se lo status di «lavoratore subordinato», ai sensi dell'art. 1, lett. a), del regolamento n. 1408/71, debba essere riconosciuto ad una persona che si trovi in una situazione come quella della sig.ra Borger, durante il periodo di prolungamento di sei mesi del congedo non retribuito preso a seguito della nascita del figlio.

²⁶ Secondo la giurisprudenza della Corte, una persona possiede lo status di «lavoratore», ai sensi del regolamento n. 1408/71, quando è assicurata, sia pure contro un solo rischio, in forza di un'assicurazione obbligatoria o facoltativa presso un regime previdenziale generale o speciale, menzionato all'art. 1, lett. a), del detto regolamento, e ciò indipendentemente dall'esistenza di un rapporto di lavoro (sentenza Dodi e Oberhollenzer, cit., punto 34).

²⁷ Il giudice del rinvio osserva tuttavia, in primo luogo, che la sig.ra Borger rientra in un regime di previdenza sociale indipendentemente dall'esistenza di un'attività professionale precedente o attuale. In secondo luogo, la sig.ra Borger avrebbe deliberatamente prolungato il congedo non retribuito di comune accordo con il suo datore di lavoro solo per poter continuare a percepire l'assegno per la cura dei figli. In terzo luogo, il giudice del rinvio si chiede se l'iscrizione della sig.ra Borger ad un regime di

previdenza pensionistica in Austria sia effettivamente rilevante poiché il periodo di accudimento del figlio che dà luogo all'iscrizione parziale della sig.ra Borger a tale regime rischia di non essere mai preso in considerazione nel regime previdenziale austriaco, nel caso in cui il pagamento della pensione di anzianità della sig.ra Borger rientrasse nella competenza del suo Stato di residenza, nella fattispecie, la Confederazione svizzera.

- 28 Quanto al primo di tali elementi, basta ricordare che emerge dalla citata sentenza *Dodl et Oberhollenzer*, che per quanto riguarda l'ambito di applicazione *ratione personae* del regolamento n. 1408/71, è irrilevante l'esistenza di un rapporto di lavoro, in quanto l'elemento determinante a tal riguardo è il fatto che una persona sia assicurata, in via obbligatoria o facoltativa, contro uno o più rischi nell'ambito di un regime previdenziale generale o speciale menzionato all'art. 1, lett. a), di tale regolamento (sentenza *Dodl e Oberhollenzer*, cit., punto 31).
- 29 Quanto al secondo elemento rilevato dal giudice del rinvio, è giocoforza constatare che i motivi personali del prolungamento di un congedo non retribuito sono del tutto irrilevanti in quanto la qualificazione di lavoratore subordinato ai sensi dell'art. 1, lett. a), del regolamento n. 1408/71 dipende da un criterio obiettivo, ovvero il fatto di essere assicurato, sia pure contro un solo rischio, a titolo di un'assicurazione obbligatoria o facoltativa presso un regime previdenziale generale o speciale menzionato in tale disposizione.
- 30 Per quanto riguarda, infine, la circostanza che, al momento dell'esercizio effettivo del diritto alla pensione di anzianità, i periodi di iscrizione ad un regime di previdenza pensionistica in Austria potrebbero essere presi in considerazione non in tale Stato, ma in Svizzera, occorre rilevare che, come ha sostenuto la Commissione europea nelle sue osservazioni scritte, tale circostanza non osta al riconoscimento dello status di lavoratore. Infatti, la possibilità di rientrare nell'ambito di applicazione *ratione personae* del regolamento n. 1408/71 dipende non già dalla realizzazione del rischio coperto, e quindi dalla questione in quale dei due Stati saranno presi in considerazione tali

periodi nel momento dell'eventuale ammissione alla pensione, ma dal fatto di essere effettivamente assicurato, sia pure contro un solo rischio, a titolo di un'assicurazione obbligatoria o facoltativa presso un regime previdenziale generale o speciale menzionato all'art. 1, lett. a), di tale regolamento.

- 31 I tre elementi rilevati dal giudice del rinvio non sono dunque idonei, in quanto tali, ad escludere lo status di «lavoratore», ai sensi del regolamento n. 1408/71.
- 32 Nella fattispecie, il giudice del rinvio osserva che sono iscritti, a titolo parziale, alla previdenza pensionistica, ai sensi dell'art. 8, n. 1, punto 2, dell'ASVG, le persone che si dedichino effettivamente e principalmente ad accudire i propri figli all'interno del paese durante i primi quarantotto mesi civili dopo la nascita. Ad ogni modo, spetta ad esso effettuare le verifiche necessarie per assicurarsi che, nell'ordinamento giuridico austriaco, una persona che si trovi in periodo prolungato di congedo non retribuito, come quello di cui alla causa principale, resti iscritta ad un tale regime di previdenza pensionistica e che una tale iscrizione consenta di ritenere che tale persona sia assicurata, sia pure contro un solo rischio, a titolo di un'assicurazione obbligatoria o facoltativa presso un regime previdenziale generale o speciale menzionato all'art. 1, lett. a), del regolamento n. 1408/71.
- 33 Tenuto conto di quanto precede, occorre risolvere le questioni proposte dichiarando che lo status di «lavoratore subordinato», ai sensi dell'art. 1, lett. a), del regolamento n. 1408/71, deve essere riconosciuto ad una persona che si trovi nella situazione della ricorrente nella causa principale, durante il periodo di prolungamento di sei mesi del congedo non retribuito preso in seguito alla nascita del figlio, a condizione che, durante tale periodo, detta persona sia assicurata, sia pure contro un solo rischio, a titolo di un'assicurazione obbligatoria o facoltativa presso un regime previdenziale generale o speciale menzionato all'art. 1, lett. a), di tale regolamento. Spetta al giudice nazionale verificare se tale condizione sia soddisfatta nella controversia della quale è investito.

Sulle spese

- ³⁴ Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Ottava Sezione) dichiara:

Lo status di «lavoratore subordinato», ai sensi dell'art. 1, lett. a), del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata ed aggiornata dal regolamento (CE) del Consiglio 2 dicembre 1996, n. 118, come modificato dal regolamento (CE) del Consiglio 29 giugno 1998, n. 1606, deve essere riconosciuto ad una persona che si trovi nella situazione della ricorrente nella causa principale, durante il periodo di prolungamento di sei mesi del congedo non retribuito preso in seguito alla nascita del figlio, a condizione che, durante tale periodo, detta persona sia assicurata, sia pure contro un solo rischio, a titolo di un'assicurazione obbligatoria o facoltativa presso un regime previdenziale generale o speciale menzionato all'art. 1, lett. a), di tale regolamento. Spetta al giudice nazionale verificare se tale condizione sia soddisfatta nella controversia della quale è investito.

Firme